Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

muß: die Modification, daß der Werth der Nutzung den Betrag der Zinsen übersteigen darf, wenn die Natur der Sache die Genauigkeit und Strenge einer solchen Berechnung zurückweist, wie in den Fällen der l. 14. und l. 17. C. de usuris, ein Punkt, der dem Arbitrium des Richters überlassen bleiben muß.

XIV.

Ueber bonum und aequum und ihre Gegensätze im römischen Rechte.

Von Herrn

Dr. Hartter,

Advokaten in München.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. VIII. im Hefte 1. Band XXIX.)

Aequitas als Wohlfahrt.

§. 15.

Cicero legt der aequitas die Eigenschaft der Nützlichkeit bei [1]), und nach Puchta soll das Recht die Aufgabe haben, das menschliche Wohl zu befördern [2]). Das soll auch ein Prinzip des Rechts und in l. 1. §. 2. D. de just. et jur. dieser Punkt sogleich in die Definition des Rechts mit aufgenommen sein. Es hat aber wohl die Utilitas, welche Eigenschaft des Rechts sein soll, eine mehrfache Bedeutung. Vordersamst dürfte der nächste und eigentliche Begriff der Brauchbarkeit damit verbunden werden. Die Rechtssphäre ist derjenige Raum der Bewegung des Menschen, von welchem er Gebrauch machen darf. Man kann daher sagen,

1) Cicero invent et 2. jus aequabile, quid utilitatis haberet?
2) Puchta, Pand. Leipzig 1844. §. 21.

daß das objektive Recht utile, von uti χρήσιμον [3]) sei, von χράομαι. In diesem Sinne muß es wohl genommen werden, wenn Ulpian in der oben angeführten Stelle sagt: Publicum jus est, quod ad Statum rei Romanae spectat: privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt autem quaedam publice utilia, quaedam privatim. Der Jurist setzt hier auseinander, daß das jus publicum die Befugnisse des Staates, das Privatrecht aber jene der Einzelnen normire, und sieht zunächst noch von jenen Vorschriften ganz und gar ab, bei denen das sogenannte öffentliche Wohl der legislative Gesichtspunkt gewesen. Es bringt Vortheil, von Rechten Gebrauch zu machen, daher ist die Kenntniß des Rechts selbst nützlich [4]). Aber auch im Sinne der Wohlfahrt wird utilitas juris gebraucht. Es kann nämlich das öffentliche Wohl für die ratio civilis Bestimmungsgrund werden, ein von der ratio naturalis abweichendes jus zu wählen [5]). Aber nicht das Wohl des Individuums, sondern das Wohl der Gattung soll nächster Bestimmungsgrund des Rechts sein. Allerdings ist nun sowohl im Privatvertrage wie im bürgerlichen Verhältnisse die Unterordnung des Einzelinteresses unter das öffentliche Wohl eine sittliche Regel. Sicher eignet sich daher auch die Rücksicht auf die gemeine Wohlfahrt nach ratio civilis für die lex publica neben der Idee des allgemein menschlichen Rechts als anderer Bestimmungsgrund gewählter Imperative für eine Nation [6]). Die Rücksicht auf das Wohl der bürgerlichen Gesellschaft im Ganzen und Einzelnen ward häufig Bestimmungsgrund der römischen Gesetzgebung, namentlich

---

3) l. 11. Bas. de just. et jur. 2, 1.

4) Cicero Top. 3: Aequitatis utilis est cognitio, utilis est juris civilis scientia.

5) v. Savigny, Syst. des h. r. Rechts. I. 56.

6) Cicero caveat II, 54: Justitiae initium est a natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt, postea res et a natura profectas et a consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.

des Honorarrechts [7]). Daß die rechtliche aequitas der öffentlichen und Privatwohlfahrt widerſpreche, behauptet wohl Niemand. Vielmehr iſt das der Rechtsidee Angemeſſene regelmäßig, auch das dem Staatsbeſten Zuſagende das utile rei publicae. Wenn aber doch durch konkrete Verhältniſſe eines Volkes Abweichungen des nationalen Rechts vom gemein menſchlichen Eingang finden, ſo iſt dies dann jus singulare contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum [8]). Das aus ſolcher Erwägung hervorgegangene jus singulare iſt ſeinem Grundſtoffe nach nicht ratio juris, ſondern ſittlicher Natur, entſpricht aber doch einer über das ſtrenge Recht hinausſchreitenden Politik, der der aequitas keineswegs zuwider iſt [9]), wenn dergleichen Imperative durch überwiegende Nützlichkeit ſich rechtfertigen [10]). Zu weit aber geht offenbar Zachariä, wenn er behauptet, das geſetzte Recht überhaupt ſei die Moral, begleitet mit der äußern Sanktion [11]). Die Geſetzgebung folgt regelmäßig dem weſentlichen Rechte und nur ausnahmsweiſe weicht es wegen des öffentlichen Wohles davon ab, und tritt nur dann in das Prinzip der Moral hinüber, wenn der juriſtiſche Imperativ des Geſetzgebers über den Rechtsſatz hinausgeht, und ſich der im Allgemeinen nur dem moraliſchen Sollen gegebenen Aufgabe ausnahmsweiſe bemächtiget. Dergleichen Sin-

7) l. 7. D. de just. et jur. 1, 1: Jus praetorium est, quod praetores introducerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam. — l. 51. in fine D. ad leg. Aquil. 9, 2: Multa in jure civili contra rationem disputandi pro utilitate recepta esse in innumerabilibus rebus probari potest. — l. 2. §. 16. D. pro emt. 41, 4.

8) l. 14. D. de legib. 1, 3.

9) l. 25. D. de legib. 1, 3.

10) l. 2. D. de const. princ. 1, 4: In rebus novis constituendis evidens esse debet utilitas, ut recedatur abeo, quod dare aequum visum est. — l. 3. D. pecun. constit. 13, 5. — l. 43. D. de religios. 11, 17.

11) H. S. Zachariä, die vierzig Bücher vom Staate. Aufl. II Bd. I, 48.

gularbestimmungen werden zu Zeiten durch die eigenthümliche Lage des Volks so gebieterisch bedingt, daß sie gar nicht zu umgehen sind. Sie werden daher auch mit dem Beisatze der necessitas bezeichnet, die ratio civilis mußte abweichen von der Idee des allgemeinen Rechts [12]).

Aequitas praetoria.

§. 16.

Der Magistrat, der praetor war zunächst Vollzieher des Rechts, nicht Gesetzgeber [1]). Indessen erließ er dennoch allgemeine Ausschreiben, Edikte und kündete darin an, wie er vorkommenden Falles Recht handhaben, was er als Recht schützen wolle [2]). Es soll nun eine Inkonsequenz gewesen sein, daß die Prätoren, obwohl ohne Gesetzgebungsbefugniß es unternahmen, von der Regel des strengen Rechts abzuweichen [3]). Es ist aber der Vorwurf des Widerspruches gegen das gesetzte Recht am wenigsten dem praetor peregrinus zu machen, denn dieser hatte gar nicht nach jus civile, sondern nur nach jus gentium zu entscheiden [4]) Sein Beruf war es, den Inhalt der aequitas, so weit er sie äußerlich schützen würde, im Voraus anzukündigen, damit man wisse, wessen man sich bei der Magistratur zu versehen habe. Auch dem praetor urbanus gegenüber ist der Vorwurf der Inkonsequenz ungegründet, selbst soferne sein Edikt sich nicht neben die Regel des Civilrechts hinstellet, sondern diesem abrogiret [5]), denn das imperium ist bis lange ungetheilt, und

12) l. 162. D. de regul. jur. 50, 17. — v. Savigny, System I. S. 61. Note 9.

1) Gajus II, 32: praetor jus facere non protest. §. 2. I. bon. poss. 3, 10. — Puchta, Cursus der Inst. I. §. 79, 82.

2) l. 2. §. 10. D. or. jur. 1, 2.

3) Hegel, Rechtsphilos. §. 3. Anmerk. Edit. Gans S. 23.

4) Dirksen im rhein. Museum I, 11 ff.

5) l. 7. §. 1 D. de just. et jur. 1, 1: Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjivandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam: et honorarium dicitur ad honorem praetoris.

nur die Gegenstände und Personen, welche es betraf, gaben eine Rücksicht der Ausscheidung; Gesetzgebung und Vollziehung der Gesetze, liegen im imperium immer neben einander, denn nicht nach der Art der Wirksamkeit, sondern nur nach ihrer Gegenständlichkeit scheidet sich das imperium, und gleich wie das Volk Gesetze beschloß, Magistrate wählte, so war es auch höchster Richter und entschied auf provocatio. Ein öffentliches Ausschreiben des Magistrates, welcher das Rechtsbedürfniß kannte, mußte als legitim angesehen werden, wenn der Kolleg, die Tribunen kein veto einlegten, wenn die höchste Gewalt selbst, unter deren Augen das Edikt erlassen wurde und erkräftigte, dagegen nicht einschritt. Sein Inhalt konnte als Ausfluß der Volksüberzeugung des tacitus populi consensus betrachtet werden, wie sich dieselbe des jus gentium bemächtigte [6]). Auf diese Weise erwuchs aus den Edikten, an welche einzeln kein anderer Magistratus und nicht der Nachfolger des Edirenden gebunden war, allmählich Gewohnheitsrecht, edictum perpetuum, es wurde viva vox juris civilis [7]). Dennoch aber schuf es nicht jus, wiewohl man es wie das Gesetz legis vice vollzog. Von den Sätzen des Civilrechts hieß es, sie wirken ipso jure, eine daraus abgeleitete Obligation bestand ipso jure. Ein nur in der acquitas praetoria begründetes Rechtsverhältniß erzeugt lediglich actio oder exceptio, worin das Wesen der Magistratsgewalt lag [8]). Die actio directa, contraria, utilis, in factum lag nicht im einseitigen judicium strictum. Die bonorum possessio war kein in den XII Tafeln anerkanntes Erbrecht, und die Form der Testamente [9]) und Kodizille, keine Civilform.

---

6) Puchta, Inst. I. §. 85.

7) l. 8. D. de just. et jur. 1, 1.

8) Keller, über Litiskontestation. S. 118 f. — Brakenhoeft in der Zeitschr. für Civ. Recht und Proz. XVI, 152 ff.

9) Testirt wurde zunächst in comitio collato. Sodann kam auf das testamentum per aes et libram vor 5 Zeugen, welche die 5 Volksklassen vorstellten (Huschke, Verf. des Serv. Tull. S. 272) und vor dem libripens. Gajus II, 102, 108. Ulp. XX, 2. — In der prätorischen

Das Edikt war überhaupt so reichhaltig, daß es Cicero als die hauptsächliche Quelle des Privatrechts bezeichnet. Sein Inhalt gibt vielfältig das Recht an sich oder solches Recht, welches dem öffentlichen Wohle entspricht [10]). Insoferne verdient es daher wesentlich den Namen aequitas constituta. Doch es ist nicht überall Abstraktion aus der Rechtsidee, wie es denn überhaupt nicht unter deren freier Inspiration stund, nicht unter dem jus naturae, sondern dem jus gentium, welches das natürliche Recht darstellte, soweit es in die Völkerpraxis eingedrungen war (§. 7). Die Beschränkung der Gültigkeit der Verträge, die Testamentsform sind offenbar willkürliche Anordnungen. Ihrer Hauptbedeutung nach tritt die aequitas praetoria dem jus civile nicht entgegen, sondern vielmehr meistens nur an die Seite [11]), und versuchte sogar seine organische Fortbildung und Auslegung, indem es auch falsche Auslegungen der Juristen wirksam bekämpfte [12]).

Bona fides.

§. 17.

Die bona fides, Treue und Glauben, sind die Grundlage des rechtlichen Verkehrs [1]). Sie liegt in der gewissenhaften Erfüllung rechtlicher Verbindlichkeiten, und im Bewußtsein der Abwesenheit des Unrechts. Das ältere römische Recht freilich hatte gewisse Formalgeschäfte, die nexus obligatio, die in jure cessio aufgestellt, bei denen es vorzugsweise auf die Form abgesehen war, was dem Rechts-

Testamentsform trat den 6 Personen des Civiltestamentes ein 7. Zeuge bei, jedoch war zunächst von Regelung noch keine Rede. Tigerström, innere Gesch. des röm. Rechts. §. 170, 173.

10) l. 1. pr. D. de pact. 2, 14. — l. 1. D. de minor. 4, 4.

11) Hefftter im rhein. Mus. I, 51 ff.

12) l. 34. D. de obl. et act. 44, 7.

1) Cicero, de invent. I, 2: fidem colere et justitiam retinere discerunt.

gewissen der Nation zum Theil zu nahe trat. Die aequitas juris honorarii bekämpfte aber das alte Gebäude der starren Form, der astutiae und die darin hausenden malitiae von allen Seiten. Wer ein Versprechen machte, welches der Andre in gutem Glauben annahm, durfte es nicht mehr mala fide brechen [2]). Die bona fides der oblgatio fand Rechtsschutz. Das Gebiet des Vertrages und der Verbindlichkeit quasi ex contractu als Schöpfung der aequitas und namentlich der aequitas praetoria wurde wesentlich von der bona fides beherrschet [2½]). Freilich ist die bona fides kein äußeres, sondern ein inneres Moment, welches somit nur als ein Erschlossenes, Gegenstand einer äußern, d. i. rechtlichen Beurtheilung zu werden vermag, was sie doch muß, wenn sie rechtserheblich sein soll. Die bona fides ist auch wesentlich moralisches Moment, nämlich die Absicht, das Rechtsgesetz zu verwirklichen im weitesten Sinne, worin auch das Bewußtsein begriffen ist, daß man nicht Unrecht thue. Der Vertrag und der Besitz sind die Materien, in denen die bona fides vornämlich in Frage kommt. Jener erscheint in der Erklärung und Annahme des juristischen Willens. Erklärung ist Form, Manifestation, Zeugniß über eigenen Willen. Der Vertrag ist gegenseitiges sequi fidem [3]). In diesem Bande der Verpflichtung hat der Mitkontrahent den Grund eines Zwangsrechts gelegt. Er fordert Verwirklichung des Vertrages und muß ihn seinerseits selbst verwirklichen. Die darauf gerichtete Absicht ist der juristische Wille. Seine Erklärung wird als die wahre Form desselben angenommen, weil

2) Pfordten, Abh. 263—270. — Hartter, über die Quelle der ratio bonae fidei. §. 13.

2½) Cicero, de off. III, 17: Q. Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona: fideique bonae nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutellis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas continetur.

3) l. 84. §. 1. D. de regul. jur. 50, 17: Is natura, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

ſie ſein natürlicher Ausdruck iſt. Jeder Mitkontrahent hat auch ein Recht auf Wahrhaftigkeit, d. h. bona fides des Vertrages, darauf, daß, er nicht getäuſcht werde [4]), jedoch nur ſoweit, daß Täuſchung die Freiheit des Willens nicht aufhebe, denn nur Unfreiheit erzeugt nullitas voluntatis [5]). Der Wille nämlich iſt das Weſen des Vertrages, zerſtört alſo die mala fides den Willen, ſo hat ſie zugleich auch das Weſen des Vertrages aufgehoben, und dieſen ſelbſt als eine bedeutungsloſe Förmlichkeit aufgeſtellt. Die juriſtiſche bona fides des Kontraktes iſt daher ebenſo gewiß Poſtulat ſeiner Gültigkeit [6]), als der Irrthum den Kontrakt vernichtet. Im Beſitze bezieht ſich die bona fides auf den rechtlichen Grund des Innhabens. Wer dieſen zu haben glaubt, iſt bonae fidei possessor [7]). Vornehmlich und eigentlich begreift aber bonae fidei possessio das Innehaben der Sache als vermeintliches Eigenthum. Sie liegt dann darin, daß man nicht weiß, daß ein anderer Eigenthümer ſei [8]). Auch hier hat das prätoriſche Recht, welches die actio Publiciana und die Interdikte gab, die bona fides als Abweſenheit des Unrechtsbewußtſeins, ſomit als eine nicht blos in die Moral einſchlagende Geſinnung betrachtet. Die juriſtiſche aequitas verliert daher in der bona fides ihr weſentliches Prinzip, das Recht, keineswegs aus den Augen. Vielmehr findet ſich auch in dieſer Materie des röm. Rechts, in der πίστις καλή das Merkmal der ἄκρα δικαιοσύνη [9]).

4) Cicero, de off. III, 17: intelligitur, quoniam juris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem id adgere, ut ex alterius praedetur inscientia.

5) v. Savigny, Syſtem III, 341, 440 f. 442 f. — C. Chriſtianſen, natur. obl. und cond. indeb. Kiel 1844 d. 43.

6) l. 31. D. depos. vel contra 16, 3: Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat.

7) v. Savigny, Recht des Beſitzes. §. 8. Syſtem V, 326. — v. Tigerſtröm, bonae fidei possessio. Berl. 1836. §. 2.

8) l. 109. D. verb. signif. 50, 16: Bonae fidei emtor videtur, qui putavit, eum, qui vendidit jus vendendi habere; puta procuratorem aut tutorem esse.

9) Schol. Τριφονίνος zu c. 31. Basil. depos. 13, 2.

Aequum und bonum über der lex.

§. 18.

Die Lehrer des gemeinen Rechts haben vornehmlich drei Meinungen über aequitas naturalis, ihren juristischen Werth und ihre Folgen aufgestellt. Die Einen läugneten nämlich alle Realität des ideellen Rechts geradezu ab [1]); Andere gestatteten ihm nur Einfluß auf die Werke der Gesetzgebung; noch Andere endlich räumen der aequitas naturalis als allgemein menschlichen Recht neben dem Nationalrechte unmittelbare praktische Geltung ein. Der Negation der Rechtsidee sind wir früher schon entgegengetreten (§. 3—5), indem wir das ideelle Recht als natürliche Angehörung der Menschheit vindizirten. Wir haben darum das Gesetzesrecht als Eigenheit einer gewissen Nation, einer bestimmten Menge von Rechtssubjekten dem allgemein menschlichen Rechte untergeordnet (§. 14). Jenes steht als eine Thatsache von rechtlicher Bedeutung in ihm, und erhält durch dieses seine rationelle Anerkennung als Moment des juristischen Willens. Zwar steht das Gesetz als Thatsache in der Geschichte fest und kann darum nicht negirt werden, aber durch die Abläugnung der Idee verliert das Positive seine Erklärung, seine vernünftigen Grenzen; es sinkt zum Machtspruch herab. Deshalb scheint auch die Negation die Wenigsten befriediget zu haben und fand vielmehr die Behauptung des natürlichen Rechts bei weitem die meisten Anhänger, nur sind sie bezüglich seiner Wirksamkeit uneinig, wie oben angeführt. v. Wening-

1) Kierulff, Theorie I, 4: läugnet die Wahrheit eines natürlichen Rechts. Seine Idee scheint ihm ein absoluter Widerspruch, denn was irgend ein denkendes Individuum ausdenkt und ausspricht, könne den Charakter des Rechts nicht haben. Die Idee des Rechts sei nur von irgend einer individuellen Vernunft angenommen, und werde daher weder vom Gesetzgeber noch vom Richter beachtet.

Ingenheim [1]) gibt zwar zu, daß der Gesetzgeber das Naturrecht berücksichtigen solle, und im Allgemeinen wohl müsse, man möge darunter das aus der Vernunft abgeleitete oder das Resultat der Erfahrung verstehen; der Richter aber soll es niemals anwenden dürfen, selbst nicht beim Mangel positiver Gesetze. Wenigstens sei es in den Rechtsquellen nirgends vorgeschrieben. Jordan schreibt die Gesetzgebung zweien Quellen zu, der Vernunft und der Erfahrung. Diese liefert den Stoff und jene die Rechtsansicht nach ihrer Ausbildung bei der bessern Mehrheit des Volkes [2]). Da aber, wo Gesetzgebung schweigt, wohin sie sich nicht erstreckt, soll es darauf ankommen, was die bessere Mehrheit billige [3]). Diese Rechtslehrer verkennen selbst nicht die Unendlichkeit des Rechtsstoffes und bei den ewig neuen Gestaltungen des Lebens die Unmöglichkeit seiner Aufnahme in allen Punkten in die Gesetzgebung. Hiernach ergibt sich, daß bei manchen Entscheidungen keine Norm des jus contractum angewandt werden kann, daß daher aus andern Gründen entschieden werden muß. v. Wening läßt in seiner Negativität rathlos. Jordan's gemeiner Meinung steht entgegen, daß sie bei weitem nicht überall die Gesetzesquelle ist, jedenfalls aber da, wo sie nicht in die Form des juristischen Staatswillens übertritt, kein rechtlicher Imperativ sein könne; auch kann es unmöglich sein, eine gemeine Meinung auszumitteln, ja es kann sich über eine Sache eine solche noch gar nicht gebildet haben. Da diese Lehre nicht befriediget, so muß eine andere Subsidiar-Norm des Rechts ausgemittelt werden. Diese kann aber keine andere sein, als die aequitas

1) Wening-Ingenheim, gem. Civ.-Recht, Aufl. V, Bd. I. §. 24. Im Vordersatze ist auffallend der Ausdruck „Müssen." Ein Müssen des Gesetzgebers ist contradictio in adjecto, denn Gesetzgebung ist Akt der Freiheit, Wahl, und ein Gesetzgeben müssen, wäre ein Gesetz empfangen. Sodann wird Naturrecht abgeleitet werden aus der Vernunft oder Erfahrung. Es sind hier wohl die Theorien Kant's und Hegel's mit einander recipirt.

2) Jordan, im Archiv für civ. Praxis. VIII, 193.

3) Jordan, l. c. S. 226.

naturalis, die Rechtsvernunft, die ihren Urſprung keinem Geſetze verdankt, vor und über allen Geſetzen ſteht, und daher auch überall gebietet, wo und ſoweit nicht gewähltes Recht von den Nationen beliebt worden [4]). Es kann auch eine andere Norm da, wo das Geſetz ſchweigt, nicht geben, als Herausbildung aus der Rechtsidee, denn da, wo etwas Anderes gewählt würde, wäre die Entſcheidung keine rechtliche und vernünftige, ſondern eine widerrechtliche und im Rechte vernunftwidrige. Dies und nichts Anderes folgt auch aus den Quellen des klaſſiſchen Rechts.

Aequitas als Subſidiarrecht.

§. 19.

Von jeher behaupten die Römer ſchon im Allgemeinen eine zweifache Entſcheidungsnorm: natürliches und geſetztes Recht [1]). Schon das XII. Tafelgeſetz erkannte die aequitas als Rechtsquelle neben ſich, und beide, Idee und Geſetz, bewirkten neben einander konkretes Recht. Daß die Prätoren ex aequitate formulirten, und wie ſich daraus Gewohnheitsrecht bildete, wurde §. 16 berührt. Aber auch ſeine Verzeichnung im ewigen Edikte rühmte ſich nicht der Verarbeitung des geſammten möglichen Rechtsſtoffes [2]). Neben der aequitas praetoria im Edikte war die aequitas naturalis Rechtsquelle geblieben, und wurde dafür anerkannt.

l. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco 13, 4: In summa, aequitatem quoque ante oculos habere debet judex.

l. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc. 29, 3: Aequitas sugerit, etsi jure deficiamur.

l. 90. D. de regul. jur. 50, 17: In omnibus rebus, maxime tamen in jure aequitas spectanda est.

---

4) Weber, nat. Verb. §. 41. — Schweppe, Priv.-Recht. §. 2. — Birkler, Reviſion der Lehren des poſit. Rechts. S. 1—24. — Dirkſen, im rhein. Muſeum I, 1 ff. — Mühlenbruch, Pand.-Recht. §. 44. — Schilling, Inſtit. II, 37. — Puchta, Curſus der Inſtit. I, 278.

1) Cicero, partit 37: Jus dividitur in duas partes, naturam et legem. — Hugo, Rechtsgeſch. §. 49.

2) l. 1. D. de minor. 4, 4.

In allen diesen Gesetzen wird die aequitas als Entscheidungsnorm zugegeben, und bedeutet, wie sogleich einleuchtet, nicht das Ediktenrecht, sondern seine hauptsächliche Quelle selbst, die aequitas naturalis. Die zweite der angeführten Stellen insbesondere behandelt recht anschaulich einen obschwebenden Fall nach ihr. Aber auch noch andere Fragmente belegen die Anwendbarkeit der Rechtsidee als Entscheidungsnorm für das konkrete Recht. So behandelt Scävola in seinem lib. singul. quaestionum publiae tractatarum die Frage, ob sich der Besitzer das Innhaben seiner Besitzvorfahren, accessio possesionum, zu Gute rechnen könne. Dabei sagt er

l. 14. D. de divers. praescr. 44, 3: De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate.

Es scheint, daß die ganze Lehre von der accessio possessionis der Praxis überlassen geblieben ist, und das Edikt ihr keinen besondern Anhaltspunkt gewährte. Wenigstens weisen die spätern Juristen l. 11. §. 13, 15 u. 16. D. eod. nirgendwo auf das Edikt hin. Scävola konnte daher gar nichts anderes gemeint haben, als daß die Frage aus der rechtlichen Natur der Fälle gelöset werden müsse, daß man aus den konkreten Umständen zu ermessen habe, ob sich der Besitznachfolger das Inhaben der Vorgänger bei der Usukapion zu Gute rechnen dürfe. — Auch von der purgatio morae sagt Paulus

l. 91. §. 3. D. verb. obl. 45, 1: esse hanc quaestionem de aequo et bono: in quo genere plerumque sub autoritate juris scientiae pernitiose erratur.

Das aequo et bono würde wohl mit Unrecht auf das Edikt bezogen. Dieses letztere war damals selbst längst viva vox juris civilis und seine Erklärung in der juris scientia begriffen. Gerade das Edikt hatte die Rechtsregeln über mora und usurae ausgesprochen [3]). Zur cientia dieses jus

3) Gans, Obligationenrecht. §. 4.

praetorium bildet das aequum und bonum den Gegensatz und kann daher nur als (rechtliche) Billigkeit gegeben werden [4]). Auch andere bereits angeführte zum Theil noch anzuführende Stellen beweisen, wie die aequitas naturalis als unmittelbare praktische Rechtsnorm überall angewandt worden, wo ein Gesetz weder direkt noch indirekt anschlägt. Ja, der Richter, der seinem Berufe nach Recht zu finden nicht aber zu machen hat, muß zur aequitas naturalis seine Zuflucht nehmen, wenn er nicht der Willkühr oder dem Zufall sein Amt in die Hände spielen will. Merkwürdig ist aber, daß das röm. Recht die Sätze der aequitas naturalis und praetoria mit denen des jus civile in soferne lange nicht auf gleiche Stufe stellte, als jene nur durch den Ausspruch und die Anerkennung des Magistrates dieses aber ipso jure Schutz fanden [5]).

Unterschied von jus und aequitas.

§. 20.

Indem das Gesetztsein des Rechts jene Seite seines Daseins ausmacht, in der auch das Zufällige des Eigenwillens und anderer Besonderheit eintreten kann, so kann auch das Gesetz seinem Inhalte nach von dem verschieden sein, was an sich Recht ist [1]). Das Civilrecht berührt entweder die Staats- oder Privatverhältnisse jus Romanum, jus Quiritium. Das Staatsrecht löset die Aufgabe, der Sittlichkeit eine äußere Ordnung zu begründen. Da es nicht eine für alle Zeiten und Nationen im Voraus bestimmbare Form der bürgerlichen Gesellschaft gibt, so hat hier die Politik immer jene Maßregeln erst zu wählen, welche ihr zur Wahl der sittlichen Interessen der Gesellschaft diensam scheinen. Die Idee

4) Jungemeister, im deutsch. Corp. Jur. IV, 625.

5) Brakenhoeft in der Zeischrift für civ. Recht und Proz. XVI. 156—161; 168—182.

1) Hegel, Rechtsphiloſ. §. 212.

des Rechts erkennt keine Zwangspflicht zum Vertrage, sondern nur eine Befugniß, zu kontrahiren. Der Zwang zum Vertragsabschlusse würde sogar seine Willensfreiheit und somit sein Wesen zerstören. Daher ist es unmöglich, eine Gesetzgebung durch Zwang zu bestimmen. Zwangsrechte folgen aber aus dem Vertrage, und darum zwingt auch die lex publica. Das jus, quod ad statum spectat, soll aber Rechtsgleichheit (§. 9), Wohlfahrt (§. 15) hervorbringen, und es trägt dann das Merkmal der aequitatis an sich. Im Privatrechte kann das scriptum jus aequa juris descriptio sein, schriftliche Sanktion dessen, was an sich Recht ist. Aber auch hier steht es der Autonomie der Nationen frei, das gemein menschliche Recht im nationellen zu modifiziren [2]). Wenn daher gleich im Privatrechte eine Identität des Inhaltes des Gesetzes und dessen, was an sich Recht ist, möglich, so kann doch auch ein Gegensatz dessen, was an sich Recht ist, sanktionirt worden sein, und dann heißt ein solches der aequitas entgegenstehende lex: jus strictum, merum, directum, summum, asperum [3]). Schon Cicero weiset auf die Möglichkeit und hin und wieder Wirklichkeit der Abweichung des Civilrechts von der aequitas hin, und wie sogar die aus der aequitas hervorgegangene Ediktengesetzgebung sich wieder der aequitas naturalis entgegen fortbildete [4]). Vornehmlich heben aber die Pandektenschriftsteller die divergirenden Richtungen von jus und aequitas mehrfach hervor [5]). Jedoch sagen sie, daß in allen Dingen, vornehmlich aber im Rechte, die aequi-

---

2) Cicero de off. III, 17: Majores nostri aliud jus gentium aliud jus civile esse voluerunt; quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium idem civile esse debet.

3) Cicero de off. 1, 10; pro Caec. 23; pro Rosc. Com. 4. — l. 16. D. de cond. et demonst. 35, 1. — l. 16. D. de minor. 4, 4. — Kierulff, Theorie p. I, 23.

4) Cicero Top. 5; pro Caec. 29: jus et aequi et boni rationem esse sejunctam.

5) l. 32. D. de pecul. 15, 1. — l. 31. D. de pos. 16, 3. — l. 1. §. 1. D. qui testam. liber. 47, 4.

tas herrschen müsse [6]). Es war auch die Richtung der Edikten-gesetzgebung das nationelle Privatrecht der Römer, aus der Idee des Rechts zu regeneriren [7]). Insoferne schlägt es an, wenn von Groot [8]) und neuerlich Kierulff [9]) die aequitas als beständige Ueberwindung des strictum jus, dieses selbst als Beharrliches und jene als That bezeichnen. Indessen darf dies nur im uneigentlichen Sinne genommen werden, denn aequum ist nicht das Bewegliche, sondern die unveränderliche Wahrheit, insbesondere im Recht, das ἀεὶ δίκαιον καὶ καλόν. Beide, aequitas und lex, verhalten sich auch zu einander nicht wie Bewegung und Beharrlichkeit, darnach aber wird das jus, wo es noch simplex et asperum ist, zur aequitas fortgebildet, bis es sich regelmäßig konstruirt hat, oder aus dem Gemeinwohle rechtfertigt [10]). Dieser Beruf ist aber ausschließlich ein legislativer, und wie ihm früher die Prätoren gefolgt waren, so thaten es später die Prinzipes und besonders seit Konstantin, der nach Weltherrschaft strebte, sollte der Gentilismus des römischen Rechts abgestreift, dasselbe mit der aequitas naturalis identifizirt, und so geeigenschaftet werden, ein für alle Zeiten und Völker passendes, somit ein allgemeines positives Rechts abzugeben.

---

6) l. 90. D. de regul. jur. 50, 17. — l. 90. Bas. eod. 2, 3.

7) Cicero pro Caec. 29: Semper id valuisse plurimum, quod in se autoritatis habuisset aequitatisque plurimum.

8) Grotius, de aequit: Aequum autem est id ipsum, quo lex corrigitur.

9) Kierulff, l. cit.

10) l. 7. D de in integr. rest. 4, 1 und l. 183. D. de regul. jur. 50, 17: Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est. Diese Stelle kann nur von der legislativen Umänderung des Rechts verstanden werden, nicht etwa von einer Abänderung durch widerstrebende Praxis, wenn sie nicht zum Gewohnheitsrecht erstarket. Dafür sprechen auch die Basiliken, welche die Verbesserung der Gewohnheiten durch geschriebenes Recht verstanden wissen wollen. l. 183. Bas. de reg. jur. 2, 3: Δυσχερῶς μέν ἅμος τοῦ δικαίου ἀπαιτοῦντος, εὐαλλάσσομεν τήν συνήθειαν. Ebenso Harmenopolus I, 53. Vergl. auch §. 28.

Jus iniquum [1]).

§. 21.

Eine Privatdisposition kann den Vortheilen eines Mitkontrahenten zuwider sein. Auch das Gesetz, der Kanon der Volksautonomie, populi expressus sive tacitus consensus verläßt zuweilen die rechte Mitte der Interessen des Volkes, besonders wenn ein Theil der zum Staate vereinten Menschheit dem andern gegenüber im Besitze überwiegender Macht sich befindet, und von seiner Lage klugen, sofort zu seinem Vortheile Gebrauch in der Gesetzgebung gemacht hat. Sodann ist zwar das moralische Gleichgewicht der öffentlichen Disposition, der lex publica nicht mehr vorhanden, und vielmehr ein jus gegeben, das man nicht unrichtig jus iniquum genannt hat [2]). Wenn nun das jus aus der rechten Mitte der Interessen der zum Staate vereinten Individuen gewichen ist, wenn die Gesetzgebung ohne die Rücksicht auf die Nationalwohlfahrt unregelmäßiges Recht bildet, somit das ohne Grund verläßt, was Recht sein sollte, so hört dessen ungeachtet die lex nicht auf, Ausdruck des juristischen Nationalwillens zu sein, aus welchem der Betheiligte Vortheile für sich ableitet mit eben dem Rechte, mit welchem der im Vortheile stehende Privatkontrahent Vollziehung seines Vertrages begehrt. Gesetz ist und bleibt Gesetz, bis es der verfassungsmäßigen Legislation gefällt, dem seitherigen formell vorgelegenen Staatswillen durch neue Erklärungen einen andern Volkswillen zu substituiren, und so das jus iniquum durch aequitas zu überwinden (§. 20). „Das Recht soll „aber nichts vorschreiben können, was den Geboten der Sittlichkeit (bei uns auch des Christenthums) positiv zuwider „wäre, weil das Recht durch die Richtung gegen die Sitt-

1) C. Vollgraff, die histor. staatsr. Grenzen moderner Gesetzgebungen. Marb. 1830. S. 1—35.

2) Albrecht, Aequitas. S. 38.

„lichkeit ſeine eigene Natur zerſtören würde“ [3]). Allerdings ſoll nun nach röm. Rechte eine Dispoſition deren Motive oder Vollziehung gegen die Sittlichkeit wären, keinen rechtlichen Schutz genießen [4]), wohin der damalige Zeitgeiſt, d. h. die in jener Zeit herrſchende gemeine Meinung beſonders die Erbverträge rechnete [5]), in denen wir durchaus keine Verletzung der Sittlichkeit erblicken. Auch das Uebereinkommen, daß die Argliſt gebilliget werde, iſt eine stipulatio contra bonos mores [6]), daher bei dem Prätor ſchutzlos [7]). Allein die Unſittlichkeit eines Vertrages ſchadet im Civilrecht, wenn die Civilform eingehalten worden, keineswegs an ſich ſchon dem Uebereinkommen. Eine ſpäter ſogenannte turpis stipulatio war nicht ipso jure richtig, ſondern es gab der Prätor nur eine exceptio dagegen [8]). Obwohl nun zwar die lex publica mit der lex privata auf der nämlichen Baſis ruhte, denn das Weſen beider iſt juriſtiſcher Wille, ſo ſtanden doch beide im Kampfe gegen die Sittlichkeit nicht auf gleicher Stufe. Die Dispoſition des Einzelnen konnte mit dem Zeitgeiſte oder dem Staatsgeſetze in Widerſpruch kommen. Das Volk aber konnte gar nichts gegen den in ihm lebenden Zeitgeiſt beſchließen. Was es beſchloß, quid populus jubeat, war wirkliches Recht, und mit der Idee der Sittlichkeit, ſoweit dieſe ihre äußere Anerkennung erhalten ſollte, nach dem Volksbegriffe der konkreten Zeit dadurch ſelbſt ſchon im Einklange. Die Autonomie der bürgerlichen Geſellſchaft iſt unumſchränkt, und ein Unrecht der Geſetzgebung undenk-

3) Puchta, Pandekten. Leipzig 1844. §. 20.

4) §. 7. I mand. 3, 27. — l. 6. §. 3. 3. D. mand. 17, 1. — l. 5. D. de usuris 22. 1. — l. 7. §. 7. D. verb. obl. 45, 1. — Paulus rec. sent. I. 1. §. 4. — l. 6. C. de pactis 2, 3.

5) l. 10. D. solut. matrim. 24, 3. — l. 20. D. de cond. et demonstr. 35, 1. — l. 4. C. de inutil. sipal. 8, 39.

6) Ulpian, l. 1. §. 7. D. depos. vel. contr. 16, 3:

7) l. 7. §. 3 und 7. D. de pactis. 2, 14.

8) l. 184. D. verb. obl. 45, 1: Cum non secundum bonos mores interposita sit stipulatio agenti exceptionem doli mali obstaturam.

bar [9]). Daher fanden Inſtitute, die nach den Begriffen einer andern Zeit abſolut unſittlich ſind, und nicht Recht ſein ſollten, rechtliche Geltung, wie Eigenthum des Vaters an ſeinen Kindern, die Sklaverei, die Dismembration des Kridars im alten Prozeſſe. Nach der klaſſiſchen Lehre iſt der verfaſſungsmäßig ausgeſprochene Staatswille, welcher auch ſein Inhalt ſei, wenn er mit der Moral auch im Widerſpruch ſtünde, Rechtsgeſetz, ausgenommen, er wäre unmöglich oder durch äußern Zwang unausführbar, d. h. der Imperativ könnte gar nicht in Rechtsform erſcheinen [10]).

Rechtsanwendung.

§. 22.

Die Verwirklichung des Sittengeſetzes iſt Nothwendigkeit und bei ſittlicher Vollkommenheit bloße Gewohnheit, habitus. Darum iſt das ἦθος ſogleich ſchon Sittlichkeit, Anwendung, Verwirklichung des Sittlichen; nicht blos deſſen Idee, Theorie. Bei dem Widerſpruche des natürlichen für ſich ſeienden Einzelwillens gegen die Allgemeinheit des Willens an ſich erfordert indeſſen die Anwendung des abſtrakten Begriffes des Sittlichen in der Praktik ſittliche Stärke [1]). Die Tugend, Gerechtigkeit iſt nicht blos die ſittliche redliche Geſinnung, ſondern auch das tugendhafte, redliche Verhalten ſelbſt. Auch die aequitas beſitzt daher nicht nur eine theoretiſche, ſondern auch eine praktiſche Seite, welche letztere Zweck der erſtern iſt. Sie iſt nicht nur Moment der Erkenntniß, ſondern auch Handlung ſelbſt, die der freie Wille der gefun-

9) Plato, de legib. XI. fordert vom Bürger für den Staat τὸ γένος πᾶν καὶ τὴν οὐσίαν.

10) l. 53. §. 2. D. verb. signif. 50, 16. — l. 18. D. de poenis 471. — l. 31. D. de regul. jur. 50, 17. — §. 1. I. de inutil. stipul. 39, 2. — Leyser, spec. 2. — Mühlenbruch, Pand.-Recht. II. §. 324.

1) Hegel, Rechtsphiloſ. §. 108.

denen Regel unterwirft [2]). Die aequitas beherrschet das Handeln der Einzelnen und die Staatsakte, πράγματα, und muß sich gerade an den letztern überall als Eigenschaft wieder finden lassen, denn der Staat, nach der Allgemeinheit des Willens gebaut, ist äußere Anstalt der Gesetze [3]). Er verwirklichet äußerlich, was im allgemeinen als Idee des Gerechten lebt, bei den Römern meist ausschließlich das jus. Seine Wirksamkeit ist nie außer dem Gesetze, überall nach dem Gesetze, und er erscheint daher in seinen Organen als Träger der aequitas [4]). Das Leben des Staates unterscheidet sich von dem des Individuums darin, daß es nicht wie dieses einen Kreis willkührlicher Bewegung um sich hat. Die Staatsthätigkeit geht nur den Weg des Gesetzes, ist daher immer sittliches Moment, Lebendigwerden des Gesetzes, recht eigentlich praktische aequitas. Die Rechtspflege ist Moment der Allgemeinheit des Willens der bürgerlichen Gesellschaft, wie überhaupt der Gebrauch des Rechts durch die Kraft des juristischen Willens geschieht. Und dies ist ein Gegensatz der Erscheinung des konkreten Rechts, daß wohl dieses, wo es bestritten wird, immer durch Ausspruch des juristischen Willens des Staates anerkannt werden muß, nicht aber auch das allgemeine Recht, das an sich Recht ist, zu seiner Existenz jedesmal kraft des Rechtsetzens besteht. Im Richterspruche erklärt der Staat, was im einzelnen Falle Recht sei. Und in

2) Cicero de off, I, 19: virtutem esse fortitudinem propugnantem pro aequitate.

3) Cicero de off. I, 34: Ac ne illud quidem alienum est, de magistratuum, de privatorum, de civium, de peregrinorum officiis dicere. Est igitur proprium munus magistratuum intelligere, se gerere personam civitatis debereque ejus dignitatem et decus sustinere, servare leges, jura describere ea fidei suae commissa meminisse. Privatum autem oportet aequo et pari cum civibus jure vivere neque submissum neque efferentem; de legib 3, 1: Ut magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus vereque dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum.

4) Cicero in Cat. IV, 1: forum, in quo omnis aequitas continetur.

der Uebereinſtimmung des Richterſpruches mit dem Recht an ſich und dem Geſetze, in der rechtlichen Ordnung nach dem Geſetze iſt das wirkliche bonum et aequum der bürgerlichen Geſellſchaft gelegen. In der richtigen, ohne alle Nebenabſichten gepflogenen amtlichen Gerechtigkeit [5]), fanden die Alten die aequabilitas der Magiſtrate, des Juriſten [6]). Aequitas in dieſem Sinne bedeutet das ſittliche Ebenmaaß, die Harmonie von Geſetz und Rechtszuſtand als Eigenſchaft des Weſens der bürgerlichen Geſellſchaft, Geſetzmäßigkeit im Allgemeinen [7]). Aber auch im Beſondern heißen die Rechtsquellen die Harmonie von Thatſache und Recht aequitas. Die äußern Intereſſenverhältniſſe nämlich, ſoferne ſie nach ihrem rechtlichen Werthe beurtheilt werden ſollen, heißen Rechtsverhältniſſe, causae. Sie ſind die thatſächlichen Vorausſetzungen von Rechten, oder doch von Rechtsanſprüchen, und wenn dieſe und die angeführte Vorausſetzung derſelben, als eine ſolche nach dem Rechtsgeſetze zu gelten im Stande iſt, dann heißt dieſe Harmonie von factum und jus: aequitas. So ſprechen die Geſetze häufig von einer aequitas causae [8]), aequitas rei [9]), actionis [10]), desiderii [11]), petitionis [12]) u. ſ. w. Es iſt damit die Rechtmäßigkeit juriſtiſcher Anſprüche gemeint. Schilling hat dieſe aequitas, welche am Rechtsanſpruche

---

5) l. 11. D. de poenis 48, 19: Perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit: nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est, sed perpenso judicio prout quaeque res exposcit statuendum est.

6) Cicero or. I, 42: Sit ergo in jure civili finis hic, legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio. — l. 2. §. 5. D. or. jur. 1, 2.

7) Schilling, spec. aequit. S. 6 f. S. 10.

8) Cicero ad Plaut. ad. Att. XVI, 16.

9) l. 74. §. 1. D. ad Senatusc. Trebell. 36, 1. — l. 6. D. de tab. null. exstab. 38, 6. — l. 28. §. 2. D. de app. 49, 1. — l. 31. §. 1. D. depos. 16, 3.

10) l. 11. §. 1. D. de injur. 47, 10.

11) l. 85. §. 2. D. de reg. jur. 50, 17.

12) l. 4. C. de obseq. pat. praest. 6, 6.

angetroffen wird, ganz bezeichnend als Rechtsangemeſſenheit gegeben [13]). Ob der rechtliche Maaßſtab der Thatſache Recht an ſich oder Geſetzesrecht ſei, iſt dabei gleichgültig. Dennoch aber wird hiernach die aequitas näher beſtimmt. Wird der poſitiv rechtliche Werth eines Verhältniſſes verſtanden, ſo ſpricht man von einer aequitas causae civilis, außerdem aber, wenn das abſolute Recht als Maaßſtab angelegt worden, heißt es aequitas causae naturalis [14]).

Judicium und arbitrium.

§. 23.

Das objective Recht iſt nur Abſtraktion oder allgemeiner Wille des Geſetzgebers, was Recht ſein ſoll. Damit es aber wirkliches Recht werde, muß noch eine weitere That hinzukommen, für welche die bürgerliche Geſellſchaft ein Organ [1]) beſtellt hat. Es war aber die Anſicht des Alterthums, daß jede der zwei Rechtsquellen vor einer beſondern Behörde, die ihre Waffe bildet, vertreten ſei. So kam es, daß ſich ein Gegenſatz rechterkennender Organe bildete, gleichwie ein ſolcher in den Quellen des objektiven Rechts ſich eingeſtellt hatte. Gleich wie dieſes ſelbſt in jus und aequitas zerfiel, ſo gab es ein arbitrium und judicium. Es korreſpondirte dem jus der judex, der aequitas aber der arbiter. Der Keim dieſes Zweiggerichts und ſogar ſeine Durchführung gehörte bereits den Griechen an. Die atheniſchen Archonten, denen ἡγεμονία τοῦ δικαστηρίου zuſtund [2]), gaben den Rechtenden, wenn ſich dieſe

13) Schilling, l. c.

14) l. 1. §. 1. D. Si is, qui testam. liber esse jussus erit. 47, 4: Haec ratio naturalem potius quam civilem habet aequitatem.

1) Wie δικαοσύνη an ΔΙΣ erinnerte, eben ſo θικαστής, διαιτήτης, ſo hießen auch die älteſten Richter bei den Römern jovedices von Jupiter. Huſchke, Verf. des Serv. Tull. S. 298. Aus jovedices wurde ſpäter judices.

2) Hermann, griech. Staatsalterth. §. 138.

nicht ſelbſt über Beſtellung eines Schiedsmannes vereinigten, einen διαιτήτης, arbiter, welcher das ἐπιεικές des Falles, die aequitas oder iniquitas desiderii unterſuchte und beurtheilte. So lange es geſchriebene Geſetze nicht gab oder doch das Privatrecht nicht berührten, mußte man nothwendig nach aequitas entſcheiden. Zuverſichtlich waren daher auch die Diäteten die älteren, vielleicht lange die einzigen Richter. Als ſich nachmals der aus den Volksſchlüſſen erwachſende νόμος im engern Sinne auch über das Privatrecht erſtreckte, erhielt dieſes in dem δικαστής, judex ſeine Waffe, das Mittel der konkreten Geltung [3]). Wie viele andere Eigenthümlichkeiten des griechiſchen Rechts und Staatslebens [4]), ging auch die Sonderung der Richterbehörde in judicium und arbitrium in den römiſchen Staat über [5]). Die Idealität des Inſtitutes der beiden klaſſiſchen Völker kann wohl ſchwerlich bezweifelt werden, denn auch zu Rom war der arbiter der Mann, welcher nach den Regeln der aequitas die Rechtsſtreite der Bürger ſchlichtete [6]), wo ſich nicht das jus civile herausgebildet hatte, oder wo es unanwendbar wie unter Peregrinen. In den XII Tafeln wenigſtens kommt bereits der arbiter vor [7]). Wie häufig er ſpäter als das jus honorarium jene hauptſächliche Form der weſentlichen aequitas in ſo großem Umfange Anwendung erhielt, im Formularprozeſſe nach der lex Aebutia auftrat, iſt ohnehin bekannt. Aber ſelbſt als das Juriſtenrecht ſeine höchſte Blüthe erlangt

---

3) Aristoteles Met. I, 19: ὁ διαιτήτης τὸ επιεικὲς ὁρᾶ; ὁ δικαστὴς τοῦ νόμου καὶ τούτου ἕνεκα διαιτήτης εὑρέθη, ὅπως τὸ ἐπιεικὲς ἰσχύῃ: Arbiter id, quod aequum est, respicit, judex legem; ideo arbiter ea propter datur, ut roboretur aequitas.

4) §. 10. J de jur. nat. et gent. 1, 2.

5) Cicero pro Rosc. Com 4: Alind est judicium aliud arbitrium. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex: Si paret H. S. 700 dare oportere. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: Quantum aequius melius.

6) Cicero de off. III, 15, 17: arbitrium sine lege; Top. 17.

7) Gell, XX, 1. — Puchta, Inſtit. II. §. 35, 36, 154.

hatte, bestand der arbiter noch fort, ungeachtet das arbitrium durch das Edikt, durch Juristenschriften und die gesetzlichen Rechtsgutachten feste Anhaltspunkte gewonnen hatte. Einen judex oder arbiter gab es erst dann nicht mehr, als der Formularprozeß abgeschafft war. Indessen ward dadurch das Wesen des judicium und arbitrium keineswegs beseitiget, denn es mußten immerhin Fälle vorkommen, wo das jus in artem redactum keinen Anhaltspunkt bot, und hier konnte nur des Richters praktische Vernunft judicis arbitrium Ziel und Maaß geben [8]). Nachdem der Formularprozeß unter der Imperatur, der sich selbst als Mittelpunkt alles Rechtslebens betrachtete, aufgehört hatte, und aller Rechtsspruch aus dem Munde der Staatsbehörde hervorging, war freilich das frühere Organ des arbitrium, der arbiter verschwunden, nicht aber die Nothwendigkeit des arbitrium, d. h. der Entscheidung nach aequitas naturalis, zu der auch der praeses provinciae seine Zuflucht nehmen mußte, wenn keine lex über seinen obschwebenden Fall absprach.

Gleichheit vor dem Rechte ist die richterliche Aequitas.

§. 24.

Die Rechtsvollziehung löset sich auf in die Unterstellung der Thatsache unter das allgemein objektive Recht, und geht daher derselben ein geistiger Prozeß voran. Die Betrachtung der Thatsache vom rechtlichen Standpunkte aus, die Gewinnung der Rechtsansicht vom faktischen Verhältnisse. Ihre Voraussetzungen sind geistige Auffassung, oder Wiederholung, Vorstellung des objektiven Rechts und der Thatsache,

8) Quinctil. inst. or. praef. 7. in fine: Cum infinitae litium formae fuerint, futuraeque sint, et tot saeculis nulla sit causa, quae esset tota alteri similis, sapeat oportet actor, et inveniat et judicet et consilium a se petat. — Gell, VI, 2. — l. 2. §. 2. D. de coll. bon. 37, 6.

und von da schreitet der Richter zum Erkenntniß der subjektiven Befugniß, zum rechtlichen Urtheil fort. Recht und Thatsache bringt die Vorstellung zusammen, wodurch die juristische Ansicht von der Thatsächlichkeit entsteht [1]). Diese Vermittlung von Sache und Recht ist Interpretation im weitesten Sinne; interpretatio juris in engerer Bedeutung, wenn es sich um Anwendung der lex scripta handelt (§. 25), außerdem aequitatis explicatio (§. 27). Sie ist Kunst, und zwar ein Haupttheil, nämlich das praktische Moment der ars boni et aequi. Man hat nun behauptet, daß es Aufgabe des Richters sei, einer wesentlichen Rechtsgleichheit der dem Gesetze unterworfenen Individuen zuzustreben [2]). Allein der Beruf des Richters ist nur die Erforschung der Rechtsnorm und ihre Verwirklichung im konkreten Falle [3]), gleichviel, ob der juristische Wille des Gesetzgebers über den Fall im Allgemeinen ausgesprochen ist oder nicht. Auch wohl dann müßte die auf juristischen Willen beruhende Rechtsnorm verwirklichet werden, wenn sie zu keiner Rechtsgleichheit der dem Gesetze unterwordenen Individuen führte. Der Richter macht keine Rechtsquelle, und gebietet nicht über deren Inhalt. Sofort liegt es auch außer seinem Berufe, seiner Macht und Befugniß, einer wesentlichen Rechtsgleichheit zuzustreben. Wohl aber soll er die Gleichheit von dem Rechte zur Herrschaft bringen, d. h. er soll gerecht sein. Die Griechen sagen δίκας δοῦναι τὰς ἴσας καὶ δικαίας [4]). Es muß nämlich eine richtige Anwendung der Rechtsvorschrift nothwendig dazu führen, daß Thatsachen, welche ihrer rechtlichen Bedeutung nach identisch sind, auch eine gleiche äußere Beurtheilung finden [5]). Hingewiesen ist auch in den Pandekten

1) v. Savigny, System. I. §. 32.

2) Mühlenbruch, Pand.-Recht. I. §. 32.

3) Kierulff, Theorie, 25.

4) Tucyd, V, 79.

5) Cicero, Top. 4: Valeat aequitas, quae in paribus causis paria jura desiderat.

häufig darauf [6]). Die richterliche aequitas liegt in dem aeguare jus facto [7]), darin nämlich, daß die richterliche Entscheidung der allgemeinen Rechtsnorm entspricht, Rechtgemäßheit des Urtheiles [8]). Dies führt dann, wenn man die Stellung des Bürgers zum Magistrate berücksichtiget, zur Idee der Gleichheit vor dem Gesetze (Note 4), und ihr zuzustreben ist Pflicht des Richters und zwar seine Zwangspflicht. Man konstruirte sie aus dem Begriffe der aequabilitas selbst. Auf dem Erfahrungssatze nämlich, daß die Gerechtigkeit von gleichen Thatsachen zu gleichem Rechte schreiten müsse, und zu einem andern Resultate gar nicht kommen könne, fußte das bekannte Edikt, daß der Richter einen gegen Andere erkannten Satz auch gegen sich selbst gelten lassen müsse [9]).

Aequitas als Auslegung des Rechts.

§. 25.

Interpretatio juris ist Ergründung des juristischen Willens, Entwicklung des Inhaltes einer juristischen Norm [1]). Nicht jedesmal ist die Rechtsnorm so beschaffen, daß ihre äußere Erscheinung, ihr Buchstabe das mit untrüglicher Schärfe bezeichnet, was der Gesetzgeber sich gedacht hat. Zuweilen ist sein Ausspruch an sich unklar, zuweilen nur seine Vermittelung mit dem konkreten Falle schwierig, zuweilen endlich haben die Worte eine engere oder weitere Bedeutung, als die war, in der sie der Gesetzgeber nahm. Hier ist der Interpret in der Lage, den angemessenen, wahrhaften Sinn des Gesetzes zu erforschen. Er geht dabei vom Gesichtspunkte

6) l. 20. D. de re jud. 42, 1: ... maritus, in quantum facere possit, condemnetur .... quod et in persona mulieris aequa lance servari suggerit ratio.

7) Albrecht, Aequitas S. 13 f.

8) Schilling, spec. aequit. S. 6 f.

9) l. 4. D. quod quisque juris in alterum 2, 2.

1) Kierulff, Theorie des gem. Civ.-Rechts. I, 18.

der aequitas aus [2]). Das Gesetz soll verwirklichet werden, seine Verwirklichung soll geschehen nach der Absicht seines Urhebers nicht nach einer etwa fehlerhaften Anwendung der Worte [3]), es muß daher bald erklärt, bald erläutert, bald beschränkend, bald ausdehnend interpretirt werden, wenn sich nachweisen läßt, daß dies dem Sinne des Gesetzgebers entspricht, oder daß die Worte außerdem gar keinen Sinn hätten. Die Interpretation steht hier da als ein Vorprozeß der Rechtsverwirklichung, der praktischen aequitas, und da sie nach den Regeln der aequitas, d. h. in der der Sachlage entsprechenden Weise geschieht, so ist die Interpretation nicht nur Mittel zur aequitas, sondern es findet sich auch in ihr selbst das Wesen der aequitas [4]). Motiv und Anhaltspunkt der Interpretation jeder Art ist immer die Betrachtung des Rechts im Ganzen in seiner fortschreitenden oder auseinandergehenden Bewegung. Die Auslegung schöpft aus der Geschichte oder dem Systeme des Rechts [5]), durch ihren Bei-

2) Pauli, Diss. de utilitatibus, quos attulit philosophia ad jura et ad jurisprudentiam Romanorum Lips. 1753: aequitatem nihil aliud esse, quam istam animi consuetudinem, qua scriptam legem ita interpretamur, ut non verba tantum syllabasque illius aucupemur sed quid senserit, qui scripsit, spectamus.

3) Cicero de invent. II, 48: Quam indignum est, aequitatem literis urgeri, quae voluntate ejus, qui scripsit defendatur; pro Caecina c. 13: a verbo recedis et aequitate uteris; si verba valent, si causae non ratione sed vocibus ponderantur; c. 27 und 28; pro Murena c. 12: In omni jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenerunt

4) Cicero, Phil. VI, 5 rühmt von Servius Sulpicius: quae proficiscebantur legibus et a jure civili semper ad facilitatem aequitatemque referrebat.

5) Die philosophische Rechtsbehandlung, soferne sie blos das positive Gesetz entwickelt, seinen wirklichen Sinn erforschet, schließt geschichtliche und systematische Rechtsbehandlung in sich. Soferne das Recht verbessert werden soll, gehört die philosophische Rechtsbehandlung der Gesetzgebung an. Die sogenannte praktische Methode ist zwar wegen ihrer unmittelbar praktischen Richtung hervorgehobe worden, wesentlich aber hat auch sie keine andern Mittel der Rechtserkenntniß als Geschichte und Systematik.

stand strebet sie der Rechtsgemäßheit zu [6]). Sie fußet auf der Vermuthung der Konsequenz und des Fortbestandes des Rechts und auf seiner Tendenz, wornach es befehlen will. Die Rechtsauffassung schließt aus frühern oder spätern Gesetzes-Imperativen oder aus dem Rechtssysteme auf die Absicht der zu erklärenden Gesetzesworte, daß diese nur den interpretirten Sinn in der interpretirten Beschränkung oder Erweiterung haben konnten. Das klassische Recht hat selbst Regeln der Interpretation aufgestellt. An der Spitze derselben steht der Satz, daß der Geist der Gesetze die Absicht des Gesetzgebers entscheidet [7]); indessen wird von jeder Rechtsnorm vermuthet, daß deren Urheber nichts anderes sagen wollte, als das, was die gebrauchten Worte in der gewöhnlichen technischen Bedeutung anzeigen. Die aequitas interpretatoria wendet daher zuvörderst die grammatische Methode an [8]), und greift nur ausnahmsweise, wenn sich die Unrichtigkeit der Worte nachweisen läßt, zu andern Mitteln [9]). Im Zweifel soll immer das Entsprechende angenommen werden [10]); Strafgesetze und Rechtsnachtheile gibt es nur, soweit sie befohlen sind, daher die Regel für die mildere Aus-

---

6) Cicero orat. I, 42: Adhibita est ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi assumunt, quae rem dissolutam, divulsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret. Sit ergo in jure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium acquabilitatis observatio.

7) l. 17. D. de legib. 1, 3: Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem. — l. 25. D. eod. betrachtet die im Geiste des Gesetzgebers geschehende Auslegung als Moment des aequum und bonum.

8) l. 69. D. de legat. III.

9) C. 1. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur 4, 22: In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet.

10) l. 67. D. regul. jur. 50, 17: Quoties sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipietur, quae rei gerendae aptior est. — l. 114. D. eod.: In obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.

legung [11]). Alle dieſe Anweiſungen würden ſich durch die Logik von ſelbſt ergeben haben. Sie beruhen auf logiſcher Nothwendigkeit, weſentlich auf aequitas, und daher iſt das poſitive Recht der Interpretationsweiſe eine wahre aequitas interpretationis [12]), ein Verfahren, welches recht eigentlich und unmittelbar noch vom bonum et aequum beherrſchet wird. —

Analogie [1]).

§. 26.

Der andere Fehler der Geſetzgebung iſt Lückenhaftigkeit [2]). Zum Theil darf ſie nicht auf Rechnung des Geſetzgebers geſtellt werden; das fortſchreitende Leben ſelbſt bringt neue Rechtsformen mit ſich, die dem Geſetzgeber der Vergangenheit nicht bekannt ſein konnten, und er war daher auch nicht im Stande, für ſolche Rechtsverhältniſſe die Rechtsanſicht im Voraus auszumitteln und im Geſetze niederzulegen. Hier fragt ſich, wie ſind die Lücken auszufüllen; aus dem Geiſte des poſitiven oder aus der Idee des Rechts? Die Privatdispoſition, wenn ſie fertig vor uns liegt und vollzogen werden ſoll, wird über ihren Inhalt hinaus nicht vollzogen, ungeachtet etwa aus den Gründen der Dispoſition entnommen werden könnte, wie der Urheber verfüget haben würde, wenn er die ſpäter in Mitte gekommene Sachlage vorausgeſehen hätte, denn nur der wirklich erklärte Wille darf und muß vollzogen werden, weil ein nicht erklärter Wille kein juriſtiſcher Wille iſt. Auch das poſitive Staatsgeſetz iſt Dispoſition, juriſtiſche Verfügung der Nation, und doch war

---

11) l. 18. D. de legib. 1, 3. — l. 3. D. de his quae in test. del. 28, 4. — l. 56, 168. D. de regul. jur. 50, 17.

12) Schilling, spec. aeq. S. 7.

1) Kierulff, Theorie ꝛc. I, 29 unterſcheidet weniger als es §. 24 und 25 geſchieht, die Auslegung der Geſetze; insbeſondere mangelhafter Geſetze, und der analogen Ergänzung der Lücken der Geſetze.

2) l. 3—6, 10—12. D. de legib. 1, 3.

es antike Rechtsansicht, die aequitas fordere hier die Ausfüllung der Lücken des Gesetzes durch dessen indirekte Anwendung, es soll als Recht betrachtet werden, quod proximum et consequens est, was die später sogenannte Analogie ergibt [3]). Lag aber hierin nicht sogar ein Verstoß gegen die ratio disputandi? Betrachten wir das objektive Recht als durch einen Gesetzgebungsakt bereits fertig vorliegend, so spricht freilich die logische Nothwendigkeit einer analogen Anwendung des Rechts zunächst *nicht* das Wort. Anders aber ist es, wenn das Recht als noch im Bildungsprozesse begriffen gedacht wird. Dies war es auch noch, so lange die Edikte der Prätoren, die Gutachten und Schriften der Juristen, die epistolae principum noch thätige Rechtsquellen waren. In diesen Magistraten und Gelehrten hatte sich das rationelle Rechtsbewußtsein konzentrirt, auf ihre Aussprüche mußte die Nation kompromittiren. Bei ihnen war die Analogie legislative Konsequenz, aequitas des Gesetzgebers, die aequitas der von den Attributen der Legislation häufig Gebrauch machenden Interpretation [4]). Von dem Gesetzgeber freilich konnte man konsequente Fortbildung des Rechts verlangen. Indessen wurde der einmal *für ihn* ausgesprochene Grundsatz der Analogie auf die Rechtsanwendung übertragen. Das Recht sollte aus seinem eigenen Geiste, ratio juris [5]) ergänzt werden, da Vollständigkeit eine Aufgabe des Gesetzgebers und sein Wille dahin geht, und diktirt wurde, daß bei dem Abgange eines unmittelbar quadrirenden Imperatives das bekannte Gebot indirekt verwirklichet werde [6]).

3) Das griechische ἀνα λόγον, d. h. nach der logischen Nothwendigkeit ist jedenfalls nicht ganz bezeichnend, aber doch Analogie des Ausdrucks für das procedere ad similia geworden.

4) §. 10. J de lege Aquil 4, 3: Illud non ex verbis legis sed ex interpretatione placuit.

5) Kierulff, Theorie I, 22: Nicht aus dem Grunde des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers ratio legis; aus dem Sinne und dem Inhalte des Gesetzes, ratio juris erwächst die Analogie.

6) l. 27. D. de legib. 1, 3: Semper quasi hoc legibus inesse credi oportet etc. — l. 5. C. si res aliena pignori data sit 8, 16.

Nachdem sofort die Analogie für die Rechtsanwendung gesetzlich angeordnet ist, ward die aequitas, die einst den Organen der Gesetzgebung konsequente Fortbildung des Rechts zur Pflicht machte, aequabilitas für die rechtvollziehenden Magistrate [7]). Der organischen Fortbildung des positiven Rechts in seinem eigenen Geiste, das procedere ad similia hat sich die Theorie des röm. Rechts als eines historisch begründeten Ausflusses der aequitas legitim bemächtiget [8]); sie ist eine der wichtigsten theoretischen Befugnisse, lebendige Rechtsbildung oder wie der Jurist sagt, viva vox juris civilis [9]).

Urtheil aus der Natur der Sache ist aequitatis explicatio.

§. 27.

Der geistige Prozeß des rechtlichen Urtheilens faßt zwei Momente in sich: Wiederholung, Vorstellung des Inhaltes des Gesetzes als Regel des Rechts, Vorstellung der Thatsache und deren Gegenhalt zum Gesetze. Beide Momente sind wesentliche Bestandtheile der Rechtsansicht eines konkreten Falles, welche eben so wenig ohne Vorstellung des Rechts wie ohne Vorstellung des Falles denkbar wäre. Auch bei dem rechtlichen Urtheile nach der Idee des Rechts, welche entscheidet, wenn weder direkte noch indirekte Anwendung des juristischen Willens (§. 26) möglich (§. 19, 23), müssen beide wesentliche Stücke sich finden. Leichter ist freilich die Anwendung des geschriebenen Rechts, denn der Gesetzgeber hat bereits Rechtsregeln durch das Mittel der Sprache fixirt, welche fähig sind, als allgemeine Urtheile konkreter Verhältnisse zu gelten. Ein fertiges, d. h. durch die Sprache schon fixirtes Naturrecht, welches untrüglich wäre gleich dem positiven Gesetze, gibt es nicht. Was die Wissenschaft der

7) l. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluviae arc. 39, 8.
8) l. 11, 12. D. de legib. 1, 3.
9) l. 8. D. de just. et jur. 1, 1.

Zeiten that, ist subjektive Konstruktion aequitas explicatio [1]), bald mehr, bald minder glücklich. Die Idee des Rechts ist eine Folgerung der praktischen Vernunft aus Momenten, woran sich nach dem Begriffe der Menschheit Befugnisse knüpfen lassen. Sie entstand auf empirischem Wege, sie ist recht eigentlich das jus in causa positum [2]); Thatsache und Rechtsregel sind hier näher als in der Anwendung des positiven Rechts. Die Rechtsregel entsteht hier erst aus der Vorstellung der Thatsache, und der Erforschung ihres juristischen Werthes vom menschlichen Standpunkte aus, während sie in der Gesetzgebung bereits fertig, d. h. ausgesprochen vorliegt, und durch die Rechtsanwendung erst wieder auf die Thatsache zurückkommt. Die Rechtsansicht nach dem positiven Gesetze ist gegeben, während nach dem ideellen Rechte die Regel selbst erst ausgemittelt werden soll. Durchaus bezeichnend war es daher, hier von einem jus in causa positum zu reden. Die Neuern heißen es Urtheil aus der Natur der Sache [3]). Die Thatsache, das Verhältniß wird als gegeben wahrgenommen, und ihm durch das geistige Verfahren die rechtsideelle Seite abgewonnen. Freilich führt hier noch häufiger als bei dem Urtheil nach Gesetz [4]) erst eine Kette von Zwischensätzen zum logischen Schlusse. Urtheil aus der Natur der Sache ist von der Entscheidung nach Naturrecht nicht verschieden, es ist wesentlich Anwendung des Naturrechts, und zwar die einzig mögliche Art desselben. Nachdem hier das Recht aus dem Verhältnisse, der Sache,

---

1) Cicero, Phi IX, 5 rühmt von Serv. Sulpicius: Non silebitur admirabilis illa et pene divina ejus in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia. Neque enim magis ille juris consultus quam justitiae fuit. Cicero betrachtet hier als Rechtsquellen das jus und neben ihm die justitia, Gesetz und Rechtsvernunft. Die Anwendung des ersteren ist legum interpretatio, der Gebrauch der letztern aequitatis explicatio.

2) l. 52. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

3) Mühlenbruch, Pand.-Recht I. §. 42.

4) v. Savigny, Syst. des h. r. Rechts. I. §. 4.

That erwächst, so haben die Römer auch diese aequitas mit factum identifizirt [5]). Freilich ist es nach neuerer Vorstellungsweise nicht gerechtfertiget, die Sachlage, an der die aequitas als Eigenschaft gefunden wird, selbst für aequitas hinzunehmen, und so Objekt und Beschaffenheit zu verwechseln. Es hängt dies aber mit der übrigen antiken Auffassung der sittlichen Wahrheit zusammen, wornach die Tugend sogleich schon Tugendübung, das Gerechte die praktische Gerechtigkeit ist. So findet sich auch die aequitas in der Bedeutung der Thatsache, an welcher das aequum als Eigenschaft zum Vorscheine kommt [6]).

Aequitas der juris conditores.

§. 28.

Eine Inkonsequenz der römischen Rechtsgelehrten soll es gewesen sein, daß sie von ungerechten und abscheulichen Institutionen abwichen, aber sich genöthiget sahen, callide eine selbst alberne Ausflucht zu ersinnen, um den Buchstaben der XII Tafeln zu retten, wie durch die Fiktion, ὑπόκρισις, eine filia patrons sei ein filius [1]). Allein wenn die juris veteres conditores, von der Unrichtigkeit buchstäblicher Rechtsauffassung überzeugt, auf andere Weise den Weg zum richtigen Sinne des Rechts suchten und fanden, so war dies ein Fortschritt vom Irrthume zur Wahrheit, und dieses Verlassen der seitherigen Bahn darf die Wissenschaft ohne ihre Berechtigung zu läugnen nicht Inkonsequenz heißen. Auch dieses ist keine solche, daß die Jurisprudenz nicht bei der Bearbeitung der XII Tafeln und späterer Volksschlüsse stehen blieb, sondern sich

---

5) Hommel, Rhaps. obs. 537. — Glück, Komm. I, 11 ff. — Albrecht, Aequitas. S. 14 f. — Schilling, Inst. I, 39.

6) l. 8. C. pro socio 4, 37. — l. 6. C. de injur. 9, 35.

1) Heineccius, Antiq. Rom. I, 2. §. 12. — Hegel, Rechtsphilos. §. 3. Anmerk. Ed. Gans. S. 31, 33, 34. — Puchta, Cursus der Inst. I. §. 78. Aufl. I. S. 319.

auch der als wichtige Privatrechtsquelle aufgetretenen aequitas praetoria als Stoff der Bearbeitung bemächtigte. Es ergab sich aber auch, daß die Resultate der Interpretation eine Autorität legis vice wurden [2]), und hierin lag beim ersten Anblick ein Widerspruch, welchen das Civilrecht zur Schau trägt [3]); denn das Entsprechende und somit allein Wahre in der Rechtsauffassung muß von selbst einleuchten, und ist somit keines unumstößlichen Beweises durch äußere Autorität fähig, wenn diese nicht zugleich Urheber des gesetzlichen Willens ist [4]). Der Widerspruch in der Autorität des Juristenrechts verliert sich nur dadurch, daß man annimmt, die Resultate der Wissenschaft seien Kern des Gewohnheitsrechts, die es herbeiführende ratio geworden [5]). Denn hatte ein von der Jurisprudenz aufgestellter Satz die Billigung der Nation in den Gerichten gefunden, so ging daraus allerdings Gewohnheitsrecht jus tacito populi consensu hervor, und in dieser Beziehung war es sogar fähig, wenn es gleich nur höchst selten geschah, eine vom Gesetze abweichende Norm zu begründen, ausgenommen freilich, es wäre einer solchen Norm der Irrthum zu beweisen gewesen [6]). Die Juristen waren seit dem Untergange der Republik besonders der Theil der Nation, auf welchen diese im Fache des Rechts, und so weit nicht andere Rechtsquellen in Mitte traten, kompromittirt zu haben schien, und die rechtliche Ueberzeugung der im Ganzen mit sich einigen röm. Rechtswissenschaft konnte allerdings juristischer Wille des Volkes fingirt werden, so daß also ihrem Verfahren auch von dieser Seite keine Inkonsequenz ankleben durfte. In der Folge werden die Juristen

2) l. 23, 27, 38. D. de legib. 1. 3.

3) Gesterding, im Archiv für civ. Prax. III, 268—70.

4) l. 12. §. 1. C. de legib. 1, 14.

5) l. 1. C. quae sit longa consuet. 8, 53.

6) l. 39. D. de legib. 1, 3: Quod per errorem introductum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinetur. — l. 13. C. de sent. et intereor. 7, 45. — Sartorius, im Archiv für civ. Praxis. XXVII, 98.

zum Respondiren, was nach Umständen wirkliches Rechtmachen war, von der Staatsgewalt konzessionirt. Nun konnte ohnehin der Autorität der Juristen nicht mehr quaestio status gemacht werden. Das Zitirgesetz beschränkte die Verbindlichkeit der Juristenschriften auf einige Wenige, unter denen es eine Art Kollegialverfassung herstellte. Dieses hob Justinian zwar auf, nicht aber die Geltung einer Usualinterpretation [7]). Demnach behauptet Jordan dieselbe als geltendes Recht, ferner sogar die Autorität allgemeiner Grundsätze über Recht und Unrecht, wie sie von der bessern Mehrheit des Volkes jedesmal gebilliget werden [8]). Allein die Rechtsanwendung soll Wahrheit suchen, wahres Gesetzesrecht, wahrhaftes Recht an sich, und gerade die philosophische Wahrheit ist keines Beweises durch Autorität fähig [9]). Darum hat auch die Annahme einer verpflichteten Usualinterpretation etwas Widersprechendes in sich. Man kann und wird zwar die Literatur als Führerin und Zeugniß über die seitherige Gedankenbewegung gelten lassen [10]). Allein sie beweiset an sich deren Wahrheit nicht, vielmehr muß sich diese durch den eigenen Inhalt begründen. Man sah sich daher immer vermüßiget, vom unrichtigen Gebrauche in der Auslegung Abweichungen zu erlauben. Aber gerade das ist das Charakteristische des Positiven, daß es ohne Rücksicht auf seine innere Wahrheit verpflichtet. Bedarf es also zur Geltung des Juristenrechts der Identität mit der Wahrheit, so ist das Juristenrecht auch gar nicht Rechtsquelle, sondern nur die in ihm ruhende Wahrheit als solche soll vollzogen werden. Die Literatur bildet für sich selbst nur eine Erkenntnißquelle des Rechts, soferne sie die Thatsache des Rechts bezeuget, insbesondere die Form und den Inhalt des Gewohnheitsrechts nach dem Gesichtspunkte historischer Zeugnisse überhaupt.

---

7) l. 12. §. 1. C. de legib. 1, 14. — Gesterding, l. c. Seite 270.

8) Jordan, im Arch. VIII, 27.

9) Hegel, Encyklop. §. 19.

10) v. Savigny, System des h. r. Rechts. I. §. 14.

Kampf zwiſchen jus und aequitas.

§. 29.

Wenn jus und aequitas in Gegenſatz kommen, wohin ſoll dann die ars boni et aequi, die Rechtsanwendung blicken; nach dem Poſtulate der Idee oder auf den Buchſtaben des Rechts? Auch eine Fortbildung des Rechts auf praktiſchem Wege ſoll es geben, welche bis zur Ueberwindung des strictum jus ſchreitet [1]), es ſoll dem Rechtſprechenden Organe des Staates, wie einſt Galba gegen Craſſus behauptete, erlaubt ſein, pro aequitate contra jus dicere [2]). Man führt dafür zuvörderſt ein Fragment aus Ulpian's lib. II. disput. in l. 32. D. de pecul. an. — Es handelt ſich hier um die Aufhebung des Rechts durch Rechtshängigkeit, und daß das Klagerecht ſtrenge genommen auch dann konſumirt werde, wenn von Mitſchuldnern auch nur Einer auf das Ganze verklagt aber nur in ſeinen Antheil verurtheilt worden wäre. Dies ſoll aber nach aequitas nicht geſchehen können, vielmehr hiernach noch eine Anklage gegen die anfangs nicht verklagten Mitſchuldner ſtatt finden. Offenbar gibt hier der Juriſt der aequitas den Vorzug vor dem ſtrengen Rechte. Daß ſich hier jus und aequitas praetoria entgegenſtehen, und jene als neueres Poſitivrecht vorgehe, kann man nicht ſagen, denn nur die actio des strictum jus konſumirt das Recht ipso jure, während die actio bonae fidei nur eine exceptio rei in judicium deductae oder judicatae für die Folge begründet [3]). Nun war aber die actio

1) Leyser, med. 3. §. 6—7. — E. de Globig, acusura rei judicial I, 43: judicis arbitrium ipsum corrigit theoriam juris vel supplet. etc. — Kierulff, Theorie des Civ.-Rechts. I, 22 und in der Einleitung.

2) Cicero, or. I. I, 56.

3) Gajus III, 180 f. IV, 106 ff. — Fragment. Vatican. §. 263. — l. 11. §. 1. D. de novat. 46, 2. — l. 23. D. de solat. 46, 2. — Puchta, Inſtit. II. §. 172 u. 212. — v. Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorleſ. I. §. 160 Anmerk.

de peculio, wovon hier die Rede, selbst nur vom Edikte begründet [4]), also kann von einer ipso jure stricto eingetretenen Aufhebung des weitern Klagerechts die Rede im eigentlichen Sinne gar nicht sein, also auch nicht von einem Kampfe zwischen jus civile und honorarium, und zwar um so minder, als die Konsumtion des Rechts durch Klage auch dem letztern angehörte, wenn gleich hier nur durch das Rechtsmittel der exceptio geschützt. Ulpian versteht unter jus in obiger Stelle nicht wie gewöhnlich jus civile, sondern das Ediktenrecht, soferne es streng wörtlich ausgelegt werden wollte; er meint nämlich, obwohl der Kläger eigentlich nur pro parte gegen einen Mitschuldner klagen sollte [5]), und durch die Einklage [6]) des Ganzen gegen Einen sich den Regreß an die Uebrigen strenge genommen abschneide, so erlaube doch die aequitas, die richtige Auslegung des Gesetzes nach Sinn und Absicht den Rückschritt an die andern Miterben. Die Pandektenstelle begünstiget daher kein Abweichen von dem gesetzlichen Gebote. Ein solches Abweichen zu Gunsten der aequitas soll erlaubt werden durch eine Konstitution Konstantin's und Licinius

l. 8. C. de jud. 3, 1: Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam striciti juris rationem.

Allein diese Stelle scheint zwar nach dem Titel de judiciis die Rechtspflege anzugehen; sie ist aber außer ihrer frühern Verbindung gerissen, durch welche sie ihre gehörige Bedeutung erhalten haben mußte. In ihrer dermaligen allgemeinen Stellung [7]) darf sie nur als Imperativ der richtigen Auslegung wie auch die l. 32. D. de peculio ange-

---

4) l. 1. D. de pecul. 15, 1. — §. 10. J de act. 4, 6. — Hugo, Rechtsgesch. §. 101, vermuthet, daß die Klage schon in der Periode statt fand, wenn der Herr den Sklaven beauftragt hatte.

5) l. 6. C. fam. eroisc. 3, 36. — l. 1. C. si certum petatur 4, 2.

6) l. 27. §. 8. D. de pecul. 15, 1.

7) Auch in den Basiliken behält sie die fragmentarische Gestalt. l. 8. Bas. de jud. et sumt. 7, 6: Ἐπὶ παντὸς πράγματος προτιμοσθω τῆς ἀκριβείας τὸ δίκαιον.

ſehen werden [8]). Es kann auch die Vermittlung von jus und aequitas nicht Aufgabe der Rechtsauffaſſung ſein, ſoferne ſie zur Abweichung vom Geſetze führen würde, denn ſelbſt das harte Geſetz muß vollzogen werden [9]), und die Frage über die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit des Geſetzes liegt außer der Zuſtändigkeit der vollziehenden Organe; ſie gebührt allein dem Geſetzgeber [10]). Nur für die Auslegung zweifelhafter Quellen gilt

l. 85. §. 2. D, de regul. jur. 50, 17: Quoties aequitatem [11]) desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis temperanda est.

Hiernach ſollen unbillige Anſprüche, denen auch nur ein zweifelhaftes Geſetz aber die Rechtsanſicht ρσικὸς λόγισμος [12]) entgegenſteht, abgewieſen werden. Auch iſt die Analogie des jus iniquum ausgeſchloſſen [13]), was ſich aus der Anerkennung der aequitas als Regel rechtfertiget.

Richterliche Billigkeit.

§. 30.

Man behauptet, die Rechtspflege ſolle nach Billigkeit (§. 12) geſchehen, dagegen findet Puchta, die Billigkeit, welche dem Richter zu berückſichtigen geſtattet werde, ſei nie-

8) Donell, comment. jur. civ. I, 13. §. 34 a. E. I, 93. — Glück, Komment. I, 174. — Albrecht, Aequitas. S. 38.

9) l. 12. §. 1. D. qui et a quibus manumitt. 40, 9. — Kierulff, l. c. I, 23.

10) l. 1. C. de legib. 1, 14: Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis salis et oportet et licet inspicere.

11) Der Florentiner Kodex lieſt hier offenbar unrichtig aequitate. Vergl. deutſch. Corp. Jur. V, 1273.

12) l. 85. Abſ. III. Bas. de reg. jur. 2, 3.

13) l. 15. D. de legib. 1, 3: In hic quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. — l. 40. D. de regul. jur. 50, 15: Quod contra rationem receptum est, non producendam est ad consequentias.

mals ein dunkles subjektives Gefühl, sondern ein seiner Gründe bewußtes, dem Geiste des einschlagenden Rechtsinstitutes entsprechendes Ermessen der konkreten Umstände [1]). Für die erstere dieser Meinungen nahm man vorzugsweise ein Reskript K. Antonin's in Anspruch, worin das Nachlassen von den Rechtsförmlichkeiten angeordnet wird, wenn dies die aequitas gebiete [2]). Dies Reskript betrifft die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche einem Abwesenden bewilliget wird, weil er nicht durch seine Schuld ungehorsam war, sed param exaudito voce praeconis. Die Restitution ist aber hier nicht blos ein Moment der moralischen Milde, sondern eine Forderung des Rechts selbst, denn beim Abwesenden, welchem die Ladung unbekannt blieb, kann die Vermuthung nicht dafür streiten, daß er sein Recht nicht vertheidigen wolle. — Es wird aber auch noch eine Stelle aus Ulpian's lib. 31. ad edict. [3]) zitirt. Der Jurist handelt von den Verwendungen des Pfandgläubigers auf das Pfand. Er berücksichtiget, daß der Gläubiger sie absichtlich machen könne, um den Schuldner durch sein Retentionsrecht wegen der Impensen an der Einlösung des Pfandes zu hindern, während aber auch wieder der Schuldner geneigt sein könne, die nützlichen [4]) Verwendungen überhaupt nicht zu erstatten. Der Richter soll hier nun das rechte Mittel treffen [5]), und gelangt dann zur Beurtheilung des Falles mit Rücksicht auf die bona fides, welche die Kontrahenten zur

---

1) Puchta, Pand. §. 21.

2) l. 7. D. de in integr. restit. 4, 1 und l. 183. D. de regul. jur. 50, 17.

3) l. 25. D. pignor. act. 13, 17.

4) Nur bei diesen, den nützlichen Verwendungen kann die Frage aufgeworfen werden, denn die nothwendigen Auslagen muß der Schuldner immer erstatten, während er von der Erstattung der blos voluptuösen immer losgezählt ist. Gesterding vom Pfandrecht S. 204. l, 40. D. mandati 17, 1. — l. uff. Cod. de negot. gest. 2. 19.

5) Glück, Komment. XIV, 67 Anm. 6. Sintenis, Pfandr. Seite 247.

gegenseitigen Schadenswährung rechtlich verpflichtet, so daß also gerade hier von einem Nachlassen von der rechtlichen Strenge am wenigsten die Rede sein dürfte. Ferner führt man an l. 22. D. de donat. 39, 5, wodurch der morose Schenker von der Zahlung von Verzugszinsen befreit ist [6]), was v. Madai der Billigkeit zuschreibt [7]). Allein der Jurist scheint zu schwanken, ob dies nicht wohl daher rührt, weil der Schenkungsvertrag negotium stricti juris ist, bei dem schon darum die Zinse nicht in Rücksicht kommen [8]). Auch scheint der Rechtssatz durch aequitas praetoria gebilliget gewesen zu sein, und diese war eine wirkliche Positivgesetzgebung. — Auch die Beschränkung der Injurienklage der Freigelassenen gegen den Patron auf schwere Verletzungen [9]) wird als Billigkeit betrachtet. Allein dieser Satz bekundet nur eine konsequente Fortbildung des einmal gesetzlich vorhandenen Subjektionsverhältnisses des libertus. — Von der sogenannten billigen Auslegung der Strafgesetze wurde §. 24 gesprochen. Hier nur noch die Fortsetzung der §. 21 Note 3 extrahirten

l. 11. D. de poenis 48, 19.

Hierin ist nun zwar keine Andeutung eines zweifelhaften Strafgesetzes gegeben; es wird aber auch nicht das Abweichen von einem klaren Imperative aus Billigkeitsgründen empfohlen. Nach dem Eingange des Fragmentes darf dieses nur so ausgelegt werden, daß der wahre Wille des Gesetzgebers verwirklichet werden soll [10]), und zwar cum aliquo temperamento benignitatis, da die Idee des Guten das Gesetz selbst durchdringt. — Ueberhaupt ist Billigkeit zwar eine Befugniß, allein nur zu eigenem Präjudize; ein Zwang zur Billigkeit wäre selbst unbillig, gegen ratio juris [11])

6) l. 22. D. de donat. 59, 5.
7) v. Madai, Lehre von der Mora. §. 53. Ziff. 2.
8) Gans, Obl.-Recht. S. 27.
9) l. 6. C. de injur. 9, 35. — l. 7. §. 2. D. cod. 41, 10.
10) Glossa: Severitatem zur l. 11. D. de poenis 48, 19.
11) v. Weyhe, allgem. deutsch. Privat.-Recht. Gött. 1815. §. 69.

Die von der Rechtsverwirklichung zurückweichende Billigkeit ist in den gerichtlichen Beziehungen Sache der Partei, nie aber des Richters, dessen Wort äußerlich zwingt [12]), ausgenommen die Billigkeit wäre durch das medium des Vertrages oder der lex publica in die Form des gesetzten Rechts übergegangen und so selbst Inhalt eines rechtlichen Imperativs geworden [13]), und selbst hier soll keine analoge Anwendung dieser aequitas statt finden [14]).

Iniquität und Nichtigkeit.

§. 31.

Die thatsächliche Herrschaft des Rechtsgesetzes ist wirkliche aequitas, rechtliche Ordnung; ihre Aufhebung, die Verletzung des Rechtsgesetzes, das durch den für sich seienden Einzelwillen als Möglichkeit und somit auch als Wirklichkeit gegebene Unrecht ist das wirkliche iniquum und politische malum. Sie liegen im Widerspruche der konkreten Thatsache und der allgemeinen Regel des Rechts [1]). Die Ungesetzlichkeit, die wirkliche iniquitas widerstrebet dem Wesen des Staates als Anstalt der Gesetzlichkeit, und es ist die Aufgabe der bürgerlichen Gesellschaft, jeden Widerspruch von jus und factum zu verhindern. Dies geschieht durch den Staatsakt und das Urtheil des Richters. Für dieses Urtheil spricht wegen seiner Unabhängigkeit und Berufsmäßigkeit die Vermuthung seiner rechtlichen Wahrheit [2]). Dennoch aber ist auch hier ein Widerstreben des Einzelwillens gegen den allgemeinen Willen möglich, daß der rechtswidrige Zustand

---

12) Albrecht, S. 20 ff.

13) Schmalz, Handbuch des röm. Priv.-Rechts. §. 47.

14) Schweppe, Priv.-Recht. I. §. 38.

1) Albrecht, Aequitas. S. 4.

2) l. 12. §. 3. D. de bonis libert. 38, 2. — l. 29. §. 5. D. mandati 17, 1. — l. 25. D. de statu hom. 1, 5.

durch richterliches Urtheil gegen den allgemeinen Willen des Staates in einem wirklichen Falle für Recht erkannt würde. Hier muß dann die für das Urtheil streitende Vermuthung seiner Rechtsangemessenheit verschwinden, da das Gegentheil aus dem Inhalte des jus nachzuweisen wäre. Da die Verwirklichung des Rechtsgesetzes Beruf der Magistrate der judices und arbitri ist, so lauft das in ihren Entscheidungen die Form Rechtens behauptende wirkliche Unrecht gegen die ratio, und es muß dieses Unrecht nothwendig vernichtet werden. Die Römer erklärten dergleichen Amts- und Richteracte ungeachtet des öffentlichen Charakters ihrer Urheber als nichtig, denn der Gewalt des republikanischen Willens gegenüber konnte und durfte kein für sich seiender Einzelwille, sei es auch der eines übel erkennenden Richters, bei Kraft bleiben. Der Richter insbesondere hatte nur die Vollmacht, Recht zu sprechen [3]). Schützte er dessen ungeachtet das Unrecht durch die Form Rechtens, so hatte er offenbar gegen seine Vollmacht gehandelt, und seine Handlung trug daher das Gepräge der Nichtigkeit an sich, wenn er nicht Recht erkannt hatte. Daher ließ man noch in der Hülfsvollstreckung, gegen die actio judicati eine exceptio zur Abwendung der Gesetzwidrigkeit der res judicata zu. Die Einrede der Nichtigkeit in der Exekution wurde in der Folge durch die Einführung der provocatio nur beschränkt, nicht aber ganz ausgeschlossen. Man unterschied nämlich von nun an die unrichtigen Urtheile, je nachdem sie das jus in thesi ignorirten, sententia nulla, und Bescheide, welche blos unrichtig die Thatsache unter das Gesetz stellten, sententia iniqua [4]). Gegen eine sententia nulla brauchte man nicht zu appelliren; so konnte immer mit actio oder exceptio an-

---

3) Goldschmitt, Abh. X, 111. — Heffter, Syst. des Civ.-Proz.-Rechts. Bonn, 1844. §. 477.

4) l. 1. §, 2. D. quae sent. sine app. 49, 8. — Francke, im Archiv für civ. Prax. XIX, 394—405. — v. Röder, von den Nichtigkeiten ꝛc. Bernb. 1831. §. 14—23.

gefochten werden [5]). Das, was wir jetzt Nichtigkeitbeschwerde heißen, führte das kanonische Recht von seinem eigenthümlichen Standpunkte her ein [6]). Es wurde zwar von ältern Reichsgesetzen anerkannt [7]), aber nach §. 121 f. des J. N. A. auf Urtheile beschränkt, deren Urheber entweder unzuständig waren, oder die Vertheidigung der Parteien nicht gehört hatten [8]). Die Beschränkung der Nichtigkeitsklage gegen Rechtswidrigkeiten im Urtheile hingen damit zusammen, daß man den Richterspruch mit dem positiven Rechte identifizirt hatte. Es konnte von nun an nicht mehr auf die Rechtsgemäßheit seines Inhaltes ankommen, sondern nur auf die Legitimation des Gerichts und Beobachtung der wesentlichen Form des rechtlichen Gehörs. Ein materiell fehlerhaftes Urtheil kann daher nicht mehr wirkungslos sein, wo das Urtheil unbedingt fingirter Staatswille, Selbstgesetz für den vorliegenden Fall geworden, lex novissima pro concreto specialis [9]). Dennoch aber nehmen manche deutsche Gesetzgebungen die Nichtigkeitsklage gegen rechtswidrige Urtheile, namentlich der obersten Gerichtshöfe an [10]), und das französische Recht statuirt die Nichtigkeit gesetzwidriger Erkenntnisse und Staatsakte und räumt dagegen das Cassationsgesuch ein. Aber auch, wo diese Nichtigkeit nicht anerkannt ist, und das rechtswidrige Urtheil der allgemeinen Rechtsnorm als besonderes Gesetz für den konkreten Fall derogirt, findet solches Spezialrecht, wie überhaupt das jus iniquum (§. 29 a. E.), keine analoge Anwendung, namentlich nicht als sogenanntes Prä-

5) l. 19. D. de except. 49, 1: Si expressim sententia contra rigorem juris data fuerit, valere non debet, et ideo sine appellatione denuo induci potest. — l. 8, 9. C. Quando non est necesse provoc.

6) Clem. 1. de sent. et re jud. — Clem. 1. de appell.

7) K. G. O. von 1521, Tit. 21; von 1555, Thl. III, Tit. 34.

8) Heffter, Civ.-Proz.-Recht. §. 480, Ziff. IV.

9) Kierulff, Theorie des Civ.Rechts. I, 43 f.

10) Pr.-Ger.-Ord. I, 16. §. 2. — L. Herguet, die Nichtigkeitsklage in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegen Erkenntnisse der deutschen obersten Gerichtshöfe. Fulda 1840.

judiz, da kein der allgemeinen Rechtsgesetzgebung zuwiderlaufender Akt der höchsten Vollziehungsgewalt eine weitere als seine unmittelbare Konsequenz haben soll [11]).

Schlußbemerkung.

§. 32.

Diese Untersuchung ergab bonum et aequum als das an sich Sittliche in der antiken Ethik. Sie sind das geistige Moment, welches das Sittengesetz als Vernunftnothwendigkeit aufbaut, und es durch die Allgemeinheit des an sich seienden Willens zur Verwirklichung bringt. Aus ihnen sahen wir die Idee des Rechts, das, was an sich Recht ist, hervorgehen; ferner das Recht als aequitas zur praktischen Herrschaft und die Rechtswissenschaft zur Bedeutung einer Naturlehre gelangen. Durch das aequum und bonum im richtigen Verständnisse schritt das Civilrecht zur wahrhaften Anschauung von Recht und Staat, und namentlich vom Recht im Staate, dem allgemeinen und konkreten politischen Recht in Gesetz und Urtheil. Sie erhalten vom angewiesenen Standpunkte aus betrachtet ihre volle Anerkennung als sittliche Erscheinungen, während sie sonst zu Erzeugnissen der Gewalt, des Beliebens der Obern herabsinken müssen [1]). Da sich bonum und aequum als das dem menschlichen Wesen Entsprechende, somit als etwas in seinen Voraussetzungen sinnlich, d. h. durch die Erfahrung wenigstens in der Grundursache Ausgemitteltes kund gibt (§. 3), so wurde nothwen-

---

11) l. 7. C. de proc. imp. off. 1, 19. — l. 6. C. si contra jus 1, 22. — l. 11. C. de jud. 3, 1. — l. 11. Basil. de jud. et sumt. 7. 6. — Puchta, Pand. §. 14 a.

1) So in C. L. v. Haller's Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich geselligen Zustands der Chimäre des künstlich bürgerl. entgegengesetzt. VI Bde. Winterthur 1816—21. Aufl. II. 1820—34. — Vgl. darüber Hegel's Rechtsphilosophie, §. 258. Not.* Ed. Gans, S. 317—319.

dig einerseits die Begründung des Rechts auf reine Vernunftbegriffe abgelehnt, andererseits aber auch seiner ausschließlichen und ursprünglichen Ableitung aus dem juristischen Willen der Nationen für die Idee sowohl als für das klassische Recht entgegenzutreten (§. 4 u. 5). Aequum et bonum als das dem Menschen Ziemende durchdringen das ganze Rechts- und Staatsleben der klassischen Völker bis zu ihrem Verfall. Die Positivgesetzgebung ist eine Thatsache in ihnen, und wiederum sind bonum und aequum in der Legislation das Vernünftige und Heilbringende, in der Rechtsvollziehung die Gesellschaft, die dem Staate als vernünftiger Organismus der Sittlichkeit entsprechende Konsequenz. Aequitas ist wesentliche Eigenschaft des Vernunftrechts (§. 7—11); sie kann und soll es sein an dem durch juristischen Willen der Völker geschaffenen Recht (§. 14, 16); und endlich ist aequitas oder aequabilitas die Aufrechthaltung der äußern Ordnung nach den erkannten Gesetzen (§. 22, 25). Sogar die richtige Auslegung des juristischen Willens aus seiner äußern Beurkundung ergab sich als wesentliche aequitas (§. 26). Daß aequum und bonum ihrem Inhalte nach unbestimmbar seien [2]), könnte nur zugegeben werden, wenn auch das Recht selbst als ein Unbestimmbares hingenommen werden wollte, denn mit ihm, man mag das ideelle oder politische und politisch wirkliche (der Regel nach) im Sinne haben, fällt aequitas zusammen. In seinem Inhalte geht das rechtliche aequum und bonum ganz und gar auf. Gleichwie endlich die aequitas den Schlüssel zur Erklärung des subjektiven Rechts, der Befugniß bildet, so hören auch durch sie die mehreren Imperative des objektiven Rechts auf, als Einzelheiten dazustehen. In bonum et aequum gewinnen die einzelnen Institute ihre Wurzel und vernünftige Einheit, und verbinden sich zu einem geschlossenen Ganzen, und wird somit auch die Kunde des Civilrechts vom Standpunkte der aequitas aus zur eigentlichen ars, zur Wissenschaft charakte-

2) Kierulff, Theorie ꝛc. S. 22.

riſirt [3]). Der Staat iſt als Idee göttlich, vernünftig, und kann als Organismus der Sittlichkeit, als an ſich ſeiender allgemeiner Wille kein Uebel an ſich tragen gleich der Idee der Gattung überhaupt; in ſeiner konkreten Erſcheinung aber unterſcheidet ſich der Einzelwille, der für ſich ſeiende Wille und aequum et bonum. Wenn gleich dieſe die Eigenſchaft des Staates im allgemeinen bilden, ſo findet ſich doch in der konkreten bürgerlichen Geſellſchaft möglicher Weiſe ein wirkliches iniquum und malum ſchon in der Geſetzgebung §. 21, aber auch in der Rechtspflege §. 31.

XV.

Ueber die neueſten Fortſchritte der Civilprozeß-geſetzgebung und der im Zuſammenhange damit ſtehenden geſetzlichen Einrichtungen.

Von

Mittermaier.

(Fortſetzung des Aufſatzes Nr. IX. im vorigen Hefte.)

Seit unſerer letzten Mittheilung der Nachrichten über die Fortſchritte der Civilprozeßgeſetzgebung fehlt es nicht an mannigfaltigen Verſuchen geſetzgeberiſcher Thätigkeit, auf welche wir vorerſt nachträglich zu den oben S. 249 gegebenen Mittheilungen aufmerkſam machen wollen. Vor uns liegen mehrere nicht unwichtige neue im Fürſtenthum Schwarzburg-Sonderhauſen ergangene Geſetze vom 3. Auguſt d. J. und zwar ein Geſetz über die Zuſtändigkeit der Gerichte in Civil- und Criminalſachen, ein Geſetz über die Zuſtändigkeit der Behörden und das Verfahren in Adminiſtrativgeſetzſachen

3) Puchta, Inſt. I, 278. Aufl. I.